



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11070.001764/2009-51
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº **3803-003.681 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 25 de outubro de 2012
Matéria COFINS-PER/DCOMP
Recorrente REDEMAQ REAL DISTRIBUIDORA DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/2008 a 30/09/2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA.

Existe concomitância quando no processo administrativo se discutir o mesmo objeto da ação judicial, hipótese em que a autoridade administrativa julgadora não deve conhecer o mérito do litígio, nos termos da Súmula CARF n.º 1.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente

(assinado digitalmente)

Juliano Lirani - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Kern, Juliano Eduardo Lirani, Hécio Lafetá Reis, Belchior Melo de Souza, Jorge Victor Rodrigues e João Alfredo Eduão Ferreira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o indeferimento do Pedido de Ressarcimento e de Declaração de Compensação em relação a crédito de COFINS referente ao terceiro trimestre/2008.

As fls. 148/149 sobreveio Despacho Decisório, por meio do qual o pleito foi indeferido com fundamento de ausência de previsão legal para o creditamento, uma vez que os créditos nas operações com substituição tributária no regime de tributação da não cumulatividade é vedado pelo art. 30, inciso I, alínea “a” da Lei n.º 10.833/2003.

Assim, para os julgadores “a quo”, embora o art. 17 da Lei n.º 11.033/2004 tenha autorizado créditos em relação a vendas realizadas com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência do PIS e COFINS, por outro lado o art. 16 da Lei n.º 11.116/2005 ditou a regra de que a apuração dos créditos, nos termos do art. 17 da Lei n.º 11.033/2004, necessariamente precisam seguir a regra do art. 3º das Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, razão pela qual há vedação do creditamento quando o produto adquirido estiver sob regime de substituição tributária e cuja saída esteja com suspensão das contribuições.

Irresignado com a decisão, apresentou Manifestação de Inconformidade às fls. 151/152, sob os seguintes argumentos:

- Em se tratando do regime da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, se apura o crédito em razão da aquisição de insumos e bens para revenda, por meio da aplicação das alíquotas das contribuições sobre os valores de aquisição destes bens. Neste mesmo sentido, apura o débito mediante a aplicação das alíquotas das contribuições sobre o valor de venda das mercadorias que produz ou revende;
- Com a edição da Medida Provisória n.º 206/2004, art. 16, atualmente artigo art. 17 da Lei n.º 11.033/04, os contribuintes cujas operações de venda são isentas, não tributadas, tributadas com alíquota zero, ou com suspensão, tem direito a manutenção dos créditos de PIS e COFINS decorrente da aquisição de insumos;
- Alertou que o regime não cumulativo do PIS e a COFINS não é idêntico ao previsto para o IPI e ICMS, onde lá a sistemática de apuração daqueles tributos é feita pela técnica imposto contra imposto, onde o imposto pago na operação anterior serve para ser abatido do imposto gerado na operação presente;
- Na não cumulatividade do PIS e da COFINS, não se perquire se houve ou não tributação da etapa anterior para fins de direito de crédito. Além do que deve ser observado o § 12 do art. 195 da CF, o qual prevê que as contribuições em exame serão não cumulativas, sem qualquer restrição ao creditamento.

Às fls. 161/163 a DRJ de Porto Alegre proferiu o Acórdão n.º 10-35.366-2ª Turma, com o seguinte teor:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2008 a 30/09/2008

INCONSTITUCIONALIDADE. REGULARMENTE EDITADA. LEGISLAÇÃO PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a argüição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos normativos, bem como a legislação regularmente editada goza de presunção de constitucionalidade e de legalidade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS

Período de apuração: 01/07/2008 a 30/09/2008

INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. TRIBUTAÇÃO CONCENTRADA. PRODUTOS. AQUISIÇÃO.

DISTRIBUIDOR/COMERCIANTE. REVENDA. APURAÇÃO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL.

No regime da não-cumulatividade da COFINS, a aquisição de produtos sujeitos à tributação concentrada não gera créditos para o comerciante na revenda/distribuição dos mesmos por expressa vedação legal, não se aplicando A hipótese a disposição contida no art. 17 da Lei nº 11.033, de 2004.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido

Com efeito, a DRJ manifestou-se pelo indeferimento do pedido com fundamento na impossibilidade do reconhecimento, na esfera administrativa, da inconstitucionalidade do art. 30, inciso I, alínea “a” da Lei nº 10.833/2003, que vedou a apuração de créditos em relação às operações sujeitas à substituição tributária.

A DRJ ainda utilizou como argumento para indeferir o pleito, o fato de que não consta no contrato social da empresa a atividade de industrialização de qualquer dos bens objetos do pedido.

Apontou ainda que as aquisições para as quais a empresa requer os créditos para o PIS e COFINS estão relacionadas no artigo 43 da Medida Provisória nº 2158-35 de 24 de agosto/2001 e na Lei nº 10.485/2002, que por sua vez estão sujeitos aos regimes de substituição tributária e tributação monofásica respectivamente.

Em outras palavras, entende a DRJ que as vendas realizadas pelo Recorrente, que por sua vez é comerciante, fica desonerada da incidência das contribuições, já que diante da substituição tributária a obrigação pelo pagamento do tributo, se dá em relação às operações praticadas pelos fabricantes ou importadores. Deste modo, o art. 1º da Lei nº 10.485/2002 reduziu para zero as alíquotas das contribuições em relação à receita bruta auferida por comerciante, com a venda dos produtos para os quais se desejam os créditos e por esse motivo o creditamente é indevido.

Os julgadores de primeiro grau, adotaram ainda a tese em relação à inexistência de direito aos créditos, ainda que o art. 17 da Lei nº 11.033/2004 tenha dito caber créditos para as vendas realizadas com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência das contribuições, uma vez que o art. 16 da Lei nº 11.116/2005 determina que a sua apuração

segue a regra disposta no art. 3º das Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003, que por sua vez proíbem créditos em relação as operações com substituição tributária.

Inconformado com a decisão da DRJ, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário e basicamente repetiu seus argumentos já trazidos na Manifestação de Inconformidade e reforçou o seu direito aos créditos com fundamento no art. 17 da Lei n.º 11.033/2004, bem como no art. 195 da Constituição Federal, sob o argumento de que a norma constitucional não impôs qualquer restrição aos créditos.

Por fim, requer que seu recurso seja conhecido e ao final que o seu direito creditório seja reconhecido.

Em que pese a DRJ ter ingressado ao mérito e negado o pedido, cumpre informar que o Recorrente optou por discutir a matéria no Poder Judiciário, conforme citado às fl. 02.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Juliano Lirani

O Recurso Voluntário é tempestivo e merece ser conhecido.

Conforme se observa do contrato social, a Recorrente tem por objeto a *revenda de máquinas agrícolas e a distribuição de peças*, sendo que adquire os produtos das indústrias para posterior distribuição. Cumpre informar que estes produtos são vendidos sem a incidência do PIS e COFINS.

O cerne da questão está em se apurar se há créditos em relação as vendas de produtos com suspensão do pagamento das contribuições, quando a lei estabelece o regime de substituição tributária.

Alega o Recorrente que embora as vendas das máquinas e peças agrícolas estejam com a suspensão do pagamento do PIS e COFINS, ainda assim o art. 17 da Lei n.º 11.033/2004 confere o direito creditório e por essa razão torna-se pertinente reproduzir a redação desta norma:

Lei n.º 11.033/2004:

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

Em que pese a discussão de mérito, analisando os autos, constatei que a matéria aventada no presente Recurso Voluntário está sendo tratada na esfera judicial, conforme mencionado às fl. 02, tendo por objeto igual pretensão pleiteada administrativamente, qual seja, crédito referente ao PIS e CONFINS.

Reputa-se idênticas 2 (duas) ações que possuam as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, como determinam os §§ 1º e 2º do art. 301, do CPC:

Art. 301:

“§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

Sobre a litispendência, leciona Nelson Nery Junior:

“Ocorre a litispendência quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso. As ações são idênticas quanto têm os mesmos elementos, ou seja, quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato). A citação válida é que determina o momento em que ocorre a litispendência (CPC 219 caput). Como a primeira já fora anteriormente ajuizada, a segunda ação, onde se verificou a litispendência, não poderá prosseguir, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC 267 V).”
(Código de Processo Civil Comentado, 6ª edição, RT, p. 655).

Deste modo, optando a Recorrente pela via judicial ocasiona impedimento da manifestação do CARF a respeito na matéria em razão da concomitância verificada.

Assim, aplica-se a Súmula CARF nº 1:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso quanto à matéria apreciada pelo Poder Judiciário.

(assinado digitalmente)

Juliano Lirani - Relator